

ISSN 1982-0496

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



A APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E A INTERPRETAÇÃO PERVERSA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRECEDÊNCIA DO CUSTEIO: O ARGUMENTO ALAKAZAM

THE JUDICIAL APPLICATION OF THE SOCIAL SECURITY AND
THE PERVERSE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE THE COST OF PRECEDENCE: THE ARGUMENT
ALAKAZAM

José Antonio Savaris

Doutor em Direito da Seguridade Social pela Faculdade de Direito de São Paulo (USP). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2002). Possui Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1991). Atualmente é Juiz Federal do TRF 4ª Região. Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Previdenciário e Processual Previdenciário da Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, UNIVALI. E-mail: marciostaffen@hotmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7321974072296298>.

Resumo

O presente artigo científico objetiva analisar a aplicação judicial do direito da previdência social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência do custeio, utilizando, a tí-

tulo de ilustração metafórica o argumento alakazam. A aplicação do Direito da Previdência Social que não leva em conta a dimensão real do problema concreto que reivindica solução culmina por prender o sistema previdenciário em uma lógica formal e insensível às diversas particularidades do caso. Utilizar-se-á da técnica da pesquisa bibliográfica para instrumentalizar o presente artigo científico, utilizando-se da base lógica indutiva para relatar os resultados do trabalho.

Palavras-chave: Previdência social. Precedência do custeio. Interpretação judicial.

Abstract

This research paper aims to analyze the judicial application of the law of social insurance and perverse interpretation of the constitutional principle of precedence of cost, using the metaphorical way of illustration the argument Alakazam. Application of the Law of Social Security that does not take into account the actual size of the concrete problem solution ends by claiming to hold the pension system in a formal logic and insensitive to several particulars of the case. Use will be the technical literature in order to organize this scientific paper, using the inductive rationale for reporting results of the work.

Keywords: Social Security. Precedence funding. Judicial interpretation.

Sumário: Introdução. 1. O princípio da precedência do custeio em seu contexto constitucional. 2. O princípio da precedência do custeio e a leitura pretoriana da causa suficiente. 3. A formulação mágica do princípio da precedência do custeio. 4. A realização judicial do direito como negação da jurisprudência mecânica. 5. A aplicação judicial do direito previdenciário e o princípio da precedência do custeio. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A aplicação do Direito da Previdência Social que não leva em conta a dimensão real do problema concreto que reivindica solução culmina por prender o sistema previdenciário em uma lógica formal e insensível às diversas particularidades do caso.

A subsunção custa à própria efetividade do sistema previdenciário, mina a sua razão de ser, coloca em risco a vida humana que se presume desprovida de recursos para sua subsistência.

Por tal razão as principais proposições deste trabalho emanam da perspectiva metodológica que, não confundindo o Direito com um sistema de normatividade jurídica, percebe a decisão judicial como uma atividade realizadora do Direito¹. Em outras palavras,

Sabemos que a realização concreta do direito não se confunde com a mera aplicação de normas pressupostas, embora possa ter nessas normas os seus imediatos critérios. E não se confunde com essa mera aplicação, mesmo quando tenha em normas pressupostas o seu critério, porque na problemático-concreta realização do direito concorrem momentos normativo-constitutivos [...] que a convolam da mera *aplicação* de normas para uma verdadeira *criação* (constituição) de direito, posto que no quadro vinculante do direito vigente².

¹ De todo modo, ao longo do presente trabalho, utilizar-se-ão indistintamente os termos “realização” e “aplicação” do Direito, exceto quando se pretenda fazer referência específica à “realização” como conceito da concepção metodológica que busca o sentido e a realização da norma na aproximação do Direito à realidade específica do caso concreto.

² Trata-se da chamada “mediação judicativo-decisória da concreta realização do Direito”. A realização do Direito apenas se opera pelo “cumprimento histórico-concreto, naquele modo de ser que é a vigência e que lhe permite

O presente texto destina-se a marcar um ponto fundamental para a aplicação judicial do direito previdenciário: Se em determinado caso-problema a aplicação do sistema normativo culmina com uma decisão judicial em concreto que reconhece a existência de direito à proteção previdenciária não previsto textualmente pela legislação, é necessário compreender que tal aplicação judicial do Direito nada mais está a fazer do que determinar o conteúdo da norma jurídica, constituindo-a no caso concreto.

Se assim se passam as coisas, não há sentido em identificar no princípio constitucional da precedência do custeio óbice para uma tal incensurável atuação jurisdicional³. Nada obstante, uma equivocada interpretação desse postulado constitucional sustenta a tese de que a decisão judicial que aplica o Direito em um caso concreto sem exposto amparo na legislação previdenciária está a criar ou majorar um benefício previdenciário, violando o princípio da precedência do custeio e, por tal razão, ameaçando a sustentabilidade da Seguridade Social.

Como essa tese - de tão repetida - acabou por encontrar acolhida em precedente do Supremo Tribunal Federal, transformou-se em grande trunfo contra o trabalho de desenvolvimento judicial do direito previdenciário.

A motivação para a elaboração do presente artigo surge justamente nesse contexto: Uma interpretação sem qualquer consistência teórica desvirtua o sentido de tão relevante postulado constitucional e se presta como invencível argumento contra o legítimo e necessário aprimoramento judicial do sistema normativo previdenciário.

afirmar-se como efectiva dimensão da prática humano-social". Não se tem o Direito, portanto, apenas pela construção de um sistema de normatividade jurídica. (NEVES, 1993, p. 25)

- ³ O princípio da precedência do custeio, também chamado princípio da contrapartida ou princípio do equilíbrio atuarial está contido no art. 195, § 5º, da Constituição da República, segundo o qual "nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total"

Para a análise do tema, inicialmente dedicou-se estudo ao princípio constitucional da precedência do custeio, às leituras que dele são feitas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de como logrou transformar-se em uma formulação mágica que se acredita hábil a levar cativa toda tese que se apresente reconhecidora de direitos previdenciários quando não assegurados com todas as letras pela legislação.

Na sequência examina-se o destinatário do comando constitucional da precedência do custeio para, na parte final, sustentar a ausência de pertinência jurídica entre essa norma constitucional e a tradicional jurisprudência de desenvolvimento do direito previdenciário.

1 O PRINCÍPIO DA PRECEDÊNCIA DO CUSTEIO EM SEU CONTEXTO CONSTITUCIONAL

Mercê do ideal hospedado no princípio da universalidade de cobertura e de atendimento, tão peculiar a um sistema de Seguridade Social e reconhecido de modo expresso pela nossa Constituição da República (artigo 194, inciso I), o Constituinte cuidou de fundar as diretrizes gerais e os meios necessários para a consecução desse objetivo fundamental.

O financiamento de tão ambicioso modelo de proteção social passou a ser regido pelo princípio diversidade da base de financiamento (CF/88, artigo 194, inciso VI) – ou princípio da universalidade do custeio (CF/88, artigo 195, *caput*)⁴. Mas esse objetivo de assegurar a cobertura

⁴ Superava-se, assim, o paradigma da tríplice fonte de custeio que garantia as prestações da Previdência Social, mediante contribuições dos trabalhadores, dos empregadores e da União. A tríplice fonte de custeio foi introduzida originariamente pela Constituição de 1934, que em seu artigo 121, §1º, h, garantia “assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte”. Cumpre acrescentar que outras raízes de financiamento da Previdência já eram ob-

e o atendimento de modo economicamente sustentável – garantindo a satisfação das necessidades sociais da presente geração e das futuras – somente é alcançável se a política pública de Seguridade Social for desenvolvida com olhos voltados a dois outros princípios constitucionais: o princípio da primazia da proteção social e o princípio da precedência do custeio.

Mais especificamente, a produção do Direito em matéria de Seguridade Social deve orientar-se pela ideia de que “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.” (CF/88, artigo 194, § 4º). Se houver (negativo) desequilíbrio entre receitas e despesas orçamentárias – no presente ou projetado para o futuro –, a solução constitucional será a de reordenação do financiamento, com vistas à manutenção ou extensão da Seguridade Social. É preciso notar nessa norma constitucional algo de fundamental para a compreensão de nosso sistema de segurança social: eventual déficit orçamentário não deve ser resolvido – como nos faz pressupor a trajetória recente das reformas previdenciárias restritivas – pela redução do nível de proteção, com os cortes de despesas correspondentes. Antes, o que se tem é a verdadeira primazia da proteção social, ou melhor, da manutenção do nível de segurança social. O objeto de uma eventual necessária alteração, nessa perspectiva, residiria nas fontes de custeio. Isso de um lado.

Outra lógica norteadora do sistema constitucional de financiamento da Seguridade Social consiste no tradicional princípio da precedência do custeio, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total” (CF/88, artigo 195, §5º).

Tradicional, com efeito, porque desde a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) já se expressava a justificável preocupação com a

servadas desde a LOPS, que previa como fontes de receita das Instituições da Previdência Social 15% sobre a emissão de bilhetes da Loteria Federal e 3% sobre o movimento global de apostas em reuniões hípcas (Lei 3.807, art. 74, alíneas a e b).

questão do equilíbrio econômico do sistema de proteção social⁵. Em verdade, o ideal de equilíbrio orçamentário das contas públicas se fazia presente de modo marcante ainda na década de 1930, pois “De Castilho a Borges de Medeiros e deste ao primeiro Vargas, a austeridade no trato das finanças públicas e o lema ‘nenhuma despesa sem receita’ eram tomados como ‘título de honra’ das administrações republicanas” (BOSI, 2008, p. 293).

Destinado a coibir o legislador ordinário de instituir desordenadamente novos benefícios de modo a afetar a estrutura do sistema previdenciário (MARTINEZ, 2001, p. 147), o princípio da precedência do custeio passou a integrar o artigo 103 da Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS, aprovada pelo Decreto nº 77.077/76, e o artigo 94 da Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS, aprovada pelo Decreto nº 89.312/84⁶.

⁵ Lei 3.807/60, art. 158: “Nenhum outro benefício de caráter assistencial ou previdenciário, se não previsto nesta lei, poderá ser criado pelos poderes competentes sem que, em contrapartida, seja estabelecida a respectiva receita de cobertura”. A necessária atenção com o equilíbrio financeiro no campo da Seguridade Social fazia-se presente já na Convenção 102 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que consagrou as normas mínimas da Seguridade Social. Essa Convenção foi aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 04/06/1952), entrando em vigor no plano internacional em 27/4/55. Na ordem interna, a Convenção 102 da OIT foi ratificada pelo Decreto Legislativo 269/2008 (D.O.U. 19/09/2008). Em seu artigo 71, item “3”, a Convenção 102 dispõe: “3. O Membro deve assumir uma responsabilidade geral no que diz respeito às prestações concedidas em cumprimento à presente convenção e tomar todas as medidas necessárias para atingir as finalidades visadas; deve, se preciso for, certificar-se de que os estudos e cálculos necessários referentes ao equilíbrio financeiro são periodicamente executados por atuários e, em qualquer caso, antes de qualquer modificação das prestações, da taxa de contribuições de seguro ou dos impostos destinados à cobertura dos eventos em apreço”.

⁶ CLPS/84, Art. 94: “Nenhuma prestação da previdência social urbana pode ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total”.

O reconhecimento da importância do princípio da precedência do custeio para a sustentabilidade econômica do sistema de proteção social conduziu-o à constitucionalização por meio da Emenda Constitucional nº 11/65, que acrescentou o parágrafo segundo ao artigo 157 da Constituição de 1946⁷.

Mediante o princípio da precedência de custeio objetiva-se, com efeito, prevenir riscos capazes de afetar o equilíbrio das contas do sistema de Seguridade Social. Daí a razão de condicionar-se a legitimidade da (geração de despesas mediante) criação, majoração ou extensão de benefícios ou serviços à demonstração da origem dos recursos para seu custeio (ou à preexistência da respectiva fonte de custeio total)⁸.

Por essa mesma razão o princípio da precedência do custeio foi reproduzido pela Lei de Responsabilidade Fiscal⁹, diploma legal que, acrescente-se, estendeu a lógica da imprescindibilidade prévia do financiamento para todos os atos (“lei, medida provisória ou ato administrativo normativo”) que criarem ou aumentarem despesa pública obrigatória de caráter continuado a ser executada por qualquer ente da Federação (Lei Complementar nº 101/2000, art. 17, *caput* e parágrafo primeiro).

Compreende-se, assim, como os princípios da primazia da proteção social (CF/88, artigo 194, §4º) e da precedência do custeio (CF/88,

⁷ CF/1946, art. 158, §1º: (“Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total”). Esse dispositivo foi praticamente repetido pelo art. 158, §1º, da Constituição de 1967 (art. 165, parágrafo único, da Emenda Constitucional 1/69: “Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total”).

⁸ Mas esse princípio já foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal

⁹ Lei Complementar 101/2000, art. 24: “Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5º do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17”.

artigo 194, §5º) servem de diretriz fundamental para os formuladores da política pública de Seguridade Social. Mais do que isso, esses princípios se aperfeiçoam reciprocamente para assegurarem o equilíbrio financeiro e atuarial do orçamento da Seguridade Social (valor-meio)¹⁰, com vistas à manutenção da operacionalidade ou extensão do campo de proteção social (valor-fim)¹¹.

2 O PRINCÍPIO DA PRECEDÊNCIA DO CUSTEIO E A LEITURA PRETORIANA DA CAUSA SUFICIENTE

Desde o início da década de 1990, a Suprema Corte entendia que a lógica contida no artigo 195, §5º, da Constituição da República consagrava a necessidade de correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços da Seguridade Social.

¹⁰ Por equilíbrio financeiro compreende-se que as “reservas matemáticas efetivamente constituídas sejam suficientes para garantir os ônus jurídicos das obrigações assumidas, presentes e futuras” (MARTINEZ, 2001, p. 95). O equilíbrio atuarial, de seu turno, traduz as ideias matemáticas (v.g. taxa de contribuição, experiência de risco, expectativa de média de vida, tábuas biométricas, margem de erro, variações, e da massa, etc.) e as relações biométricas que, de igual modo, tornem possível estimar as obrigações pecuniárias em face do comportamento da massa e o nível da contribuição e do benefício (idem).

¹¹ Nada obstante este aparente ensaio constitucional de equilíbrio financeiro e atuarial necessário à sustentabilidade da Seguridade Social *vis-à-vis* a ampliação do campo de proteção social, a própria Constituição previu a possibilidade de autorização legislativa específica para utilização de recursos do orçamento fiscal e da Seguridade Social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos (CF/88, art. 167, VIII). De outra parte, o atual cenário de sistemáticas desvinculações de receitas da Seguridade Social (atualmente asseguradas pela Emenda Constitucional 56/2007) indica o esvaziamento das normas constitucionais que se prestam a garantir a sustentabilidade econômica desse sistema de proteção social (princípios da diversidade da base de financiamento, da primazia da proteção social e da precedência do custeio).

Segundo esse entendimento, se é verdade que nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio, também não poderia haver elevação das contribuições sociais para a Seguridade Social sem causa suficiente, isto é, sem que fosse necessária para o custeio ou extensão da seguridade social¹².

A mesma orientação foi assumida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010-2/DF, ocasião em que ficou ementado:

Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício.

A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF¹³.

Como se pode notar, sobrelevava-se o caráter retributivo do sistema previdenciário, de modo que foi então julgada inconstitucional a exigência de contribuições para a Seguridade Social dos servidores públicos inativos e pensionistas também em razão da ausência de causa suficiente, qual seja, o oferecimento de uma nova retribuição, um novo

¹² Esse foi o ponto principal levantado pelo relator Ministro Marco Aurélio para, naquele caso, declarar a inconstitucionalidade da regra do artigo 9º da Lei 8.162/91, que determinava a majoração da alíquota relativa à contribuição social dos servidores públicos federais ao tempo em que o ônus decorrente das aposentadorias corria à conta do Tesouro Nacional (Lei 8.112/90, art. 231, § 2º). – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 790-4/DF, j. em 26/02/1993, DJ 23/04/1993).

¹³ Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI 2010/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30.09.1999, DJ 12.04.2002.

benefício ou um novo serviço. Nas palavras do Ministro Relator Celso de Mello:

Se é certo, portanto, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º), não é menos exato que também não será lícito, sob uma perspectiva estritamente constitucional, instituir ou majorar contribuição para custear a seguridade social sem que assista, àquele que é compelido a contribuir, o direito de acesso a novos benefícios ou a novos serviços¹⁴.

O pensamento que então predominava no Supremo Tribunal percebia o princípio da precedência do custeio (CF/88, artigo 195, § 5º) como desdobramento ou exigência do postulado de equilíbrio atuarial, daí por vezes também identificar no referido enunciado normativo o próprio princípio do equilíbrio atuarial. Mais do que isso, em sua essência, o princípio da precedência do custeio – ou do equilíbrio atuarial – demandaria uma causa suficiente, em termos de contrapartida de benefícios, como condição para a instituição ou majoração de contribuições sociais para a seguridade social.

Mas esse raciocínio não prevaleceria no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105/DF, concluído em 18/08/2004, quando foi examinada a constitucionalidade da instituição de contribuição dos servidores públicos inativos e pensionistas veiculada pela Emenda Constitucional 41/03. Nesta decisão o Supremo Tribunal Federal veiculou entendimento de que o princípio da solidariedade social reclamaria a participação dos servidores inativos e pensionistas no custeio da Seguridade Social ainda que ausente qualquer contrapartida em termos de benefício¹⁵.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal, Plenário, ADI 2010/DF, p. 146.

¹⁵ STF, Plenário, ADI 3105/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, j. em 18.08.2004, DJ 18.02.2005

A partir desse julgamento, o STF passou a perceber o princípio constitucional do equilíbrio atuarial essencialmente como uma norma de precedência do custeio, segundo a qual não é possível a criação, majoração ou extensão de prestação da Seguridade Social sem uma anterior indicação do custeio correspondente.

3 A FORMULAÇÃO MÁGICA DO PRINCÍPIO DA PRECEDÊNCIA DO CUSTEIO

Ao destacar a relevância do princípio da precedência do custeio para a sustentabilidade do sistema de Seguridade Social, pretendeu-se antecipar a importante noção de que tal norma jurídica tem como destinatários os agentes responsáveis originariamente pela formulação e implementação de políticas públicas – e não o juiz responsável pela aplicação do Direito.

Desde que incorporada ao direito positivo, a aludida norma proibia a criação de novos benefícios “*pelos poderes competentes sem que, em contrapartida, seja estabelecida a respectiva receita de cobertura*” (LOPS, art. 158). Na medida em que veda a produção normativa que implique geração de despesas da Seguridade Social - mediante a criação, majoração ou extensão de benefício – sem a garantia da correspondente fonte de custeio –, soa trivial afirmar que o princípio da precedência do custeio – tanto quanto o princípio da primazia da proteção social (CF/88, art. 195, § 4º) - dirige-se aos *poderes competentes* para instituição de receitas e geração de despesas públicas.

Nada obstante, sob a égide da Constituição da República de 1988 nasceu no âmbito da Procuradoria Federal (INSS) a tese consoante a qual o princípio da precedência do custeio não se destina apenas ao legislador ordinário, mas igualmente ao juiz aplicador da norma previdenciária, de modo que não seria legítimo o reconhecimento judicial de direitos que não estejam textualmente previstos na legislação previdenciária. Neste trabalho tal premissa é considerada produto de uma interpretação perversa do princípio da precedência do custeio.

Uma das principais questões previdenciárias já apreciadas pelo Poder Judiciário serve para iluminar os momentos iniciais dessa linha de argumentação. Trata-se das ações coletivas propostas por associações de aposentados e pensionistas que buscavam ordem judicial provisória de reajuste das prestações previdenciárias, mediante o índice de 147%. O mérito da causa dizia respeito à inteligência do disposto nos artigos 58 e 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que determinavam a equivalência salarial dos benefícios mantidos pela Previdência Social ao tempo da promulgação da Constituição até quando da efetiva implementação dos novos Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social.

O Superior Tribunal de Justiça havia deliberado pela manutenção da ordem provisória – execução imediata da sentença, nos termos do artigo 130 da Lei 8.213/91, então em vigor – de reajuste de 147%. Essa decisão foi, porém, suspensa pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das Suspensões de Segurança 471-9/DF e 472-7/DF, oportunidade em que foi realçada, na ementa do acórdão, “a possível desestabilização das finanças da Previdência Social, em detrimento de todos os trabalhadores ativos e inativos, do presente e do futuro”¹⁶.

É importante observar a argumentação sustentada pela Administração Previdenciária (INSS) em seu requerimento de suspensão de segurança, na parte em que sustenta a existência de risco de se tornar inviável o sistema previdenciário brasileiro na hipótese de ser reconhecido o direito reivindicado pelos beneficiários:

Senhor Presidente. Tão violento e impressionante será o impacto na economia pública, caso seja mantida a r. DECISÃO DO STJ, conduzindo irremediavelmente as já combalidas finanças da previdência a desastrosas conseqüências, e por que

¹⁶ Supremo Tribunal Federal, Plenário, Suspensão de Segurança (Agravos Regimentais) nº 471-9, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 13/04/1992, DJ 04/06/1993

não dizer, à sua irremediável quebra. [...] Tal impacto por si só é capaz de produzir grave lesão à economia pública. Pela falta de dinheiro capaz de suportar tais pagamentos, vez que não houve contribuição para isto. [...] A lei maior exige a fonte de custeio total, para que seja criado ou majorado o benefício. E tal fonte de custeio não existe. A previdência social, já deficitária, NÃO POSSUI NUMERÁRIO PARA ARCAR COM A MAJORAÇÃO DE 147% DETERMINADA NA SEGURANÇA CONCEDIDA PELO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA¹⁷

O que se pode observar é o emprego dos argumentos de inexistência da fonte de custeio total e de desequilíbrio econômico da Previdência Social para obstar reconhecimento judicial de direitos previdenciários que não estavam expressamente previstos pela legislação. Como se de geração de despesa se tratasse a ordem de revisão de benefícios e não de reconhecimento judicial do direito à reparação da lesão sofrida pelos beneficiários por força da ilegalidade administrativa¹⁸.

Essa linha de argumentação, resultado de uma interpretação perversa do princípio da precedência do custeio, é atualmente assumida pela Advocacia Geral da União – AGU que a idealiza como verdadeiro

¹⁷ Supremo Tribunal Federal, Plenário, Suspensão de Segurança (Agravos Regimentais) nº 471-9, p. 6, destaques do original.

¹⁸ Havia, em verdade, fundadas dúvidas sobre a veracidade dos números apresentados pela autarquia previdenciária. Segundo o professor Fernandes (2009), “Na crise dos 147%, durante o governo Collor, dizia-se que não havia dinheiro para pagar a diferença devida aos segurados. Só que no Ministério havia uma contabilidade do dia que dizia: ‘ontem nós tínhamos tanto, gastamos tanto, aplicamos tanto’, o que demonstrava que havia uma pequena fábula à disposição. A Zélia (*ex-ministra Zélia Cardoso de Mello*) acabou confessando no Congresso que o FMI exigia um X de reservas. E foram buscá-las no superávit da Previdência. E isso não é segredo nenhum...”.

argumento de ouro a ser invocado sempre quando uma decisão judicial reconhece direitos previdenciários fora do que a legislação expressamente prevê. Daí merecer o epíteto digno de uma fórmula mágica: o argumento *alakazam*¹⁹.

Com a invocação dessa fórmula mágica imagina-se superada, no caso concreto, a tese antagônica reconhecidora de direitos que não estejam textualmente previstos na legislação previdenciária. O princípio da precedência do custeio, nessa sua versão que se pode dizer mística, faria chegar ao Supremo Tribunal Federal qualquer tese jurídica que implique outorga de prestação previdenciária a partir de outra metodologia jurídica que não a que represente um trabalho judicial meramente subsuntivo²⁰.

Segundo esse pensamento, a decisão judicial que reconheça direito previdenciário fora do que está textualmente previsto pela legislação previdenciária – e não indique (ou crie) uma fonte de custeio para fazer frente a essa nova despesa previdenciária – contrariaria o princípio da precedência do custeio, pois estaria a criar benefício sem a correspondente fonte de custeio total. Com isso, sustenta-se então com um toque *ad terrorem*, estaria verdadeiramente implantada a insustentabilidade dos regimes previdenciários (da Seguridade Social, em última análise). Por tal razão, uma decisão assim inconstitucional e irresponsável mereceria pronta censura por parte da Suprema Corte²¹.

¹⁹ A opção pela expressão *alakazam* se deu aleatoriamente, sem fundamentação em seu significado específico. Neste sentido, outras fórmulas mágicas poderiam perfeitamente corresponder ao imaginário da “tese das teses”, tais como *abracadabra*, *shazam*, *pirlimpimpim*, *chablem*, *hocus pocus*, *sinsalabim* etc.

²⁰ O Supremo Tribunal Federal, nessa perspectiva, daria a última palavra a toda discussão que envolvesse reconhecimento de direitos previdenciários fora do texto, pois à sua análise chegaria a questão – com repercussão geral, inclusive – por suposta violação ao princípio da precedência do custeio (e consequente violação ao princípio do equilíbrio atuarial).

²¹ Embora essa pauta de argumentação possa ser identificada em relatório de diversos arestos do Supremo Tribunal Federal, sugere-se a leitura de peça

Pode-se dizer, nada obstante, que o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal se revela no sentido de que a condicionante financeira em questão tem como destinatário exclusivo o legislador ordinário:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se, de modo unânime e uniforme, no sentido da auto-aplicabilidade das normas inscritas no art. 201, §§ 5º e 6º, da Constituição da República. A exigência inscrita no art. 195, § 5º, da Carta Política traduz comando que tem, por destinatário exclusivo, o próprio legislador ordinário, no que se refere à criação, majoração ou extensão de outros benefícios ou serviços da Seguridade Social²².

A reafirmação desta leitura se operou em vários precedentes da Excelsa Corte em que se reconhecia a autoaplicabilidade da norma constitucional que assegurava o piso de um salário mínimo para os benefícios substitutivos (CF/88, art. 201, § 5º – redação original) e, bem assim, a que garantia a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas com base no valor de dezembro (CF/88, art. 201, § 6º – redação original)²³. Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal orientou que

consistente nas informações prestadas pela União para instruir o julgamento no Mandado de Injunção nº 986, de elaboração da Advocacia Geral da União – AGU (Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginaInternas/NormasInternas/Ato Detalhado.aspx?idAto=189824](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginaInternas/NormasInternas/Ato%20Detalhado.aspx?idAto=189824)>. Acesso em: 12 out. 2011).

²² Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Agravo de Instrumento nº 151.106-1 (Agravo Regimental), Relator Ministro Celso de Mello, j. 28/09/1993, DJ 26/11/1993.

²³ Neste sentido os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: Agravo de Instrumento nº 147.470-0 (Agravo Regimental), Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJU, 13/08/1993; Recurso Extraordinário nº 151.082-1 (Agravo Regimental), Relator Ministro Sepúlveda Perten-

a aplicação do artigo 40, § 5º, CF – para fixá-la no valor correspondente a totalidade dos vencimentos do servidor morto – que, segundo assentado pelo STF (MI 211, Plenário, 10.11.1993, Velloso; RE 140.863, 1ª Turma, 08.02.1994, Galvão, DJ 11.03.1994), não depende de observância do artigo 195, § 5º, CF, que o STF considera regra limitativa de criação de novos benefícios e, por isso, endereçada ao legislador ordinário e inaplicável aqueles criados diretamente pela Constituição²⁴.

Surpreendentemente, porém, o princípio da precedência do custeio – na interpretação defendida pela Advocacia Geral da União – AGU e aqui denominada perversa - culminou por ser acolhido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 415.454/SC²⁵.

Esse importante julgamento enfrentou tese sustentada por milhares de pensionistas que buscavam revisão de benefício de sua titularidade com apoio no princípio constitucional da isonomia e no dever de aplicação da nova lei mais benéfica (Lei 9.032, de 28/04/1995) aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência. A tese da autarquia recorrente era no sentido de que, por força do princípio *tempus regit actum*, os critérios de cálculo da renda mensal de um benefício devem

ce, Primeira Turma, DJU 20.08.1993; Agravo de Instrumento nº 149.953-3 (Agravo Regimental), Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJU 01/07/1993; Agravo de Instrumento nº 152.407-4 (Agravo Regimental), Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, DJU 10/09/1993; Agravo de Instrumento nº 152.797-9 (Agravo Regimental), Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJU 03.09.1993; Agravo de Instrumento nº 152.805-3 (Agravo Regimental), Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJU 03/09/1993.

²⁴ RE 170.574/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 26/08/1994.

²⁵ Supremo Tribunal Federal, Plenário, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 08/02/2007, DJ 26/10/2007.

observar a legislação vigente ao tempo de sua concessão. De outro lado, o acolhimento da tese revisional encerraria admissão de “majoração de benefício sem a correspondente fonte de custeio total”, o que seria vedado não apenas ao legislador ordinário, mas também ao aplicador da lei ao caso concreto, por força do disposto no artigo 195, § 5º, da Constituição da República.

Essa linha de raciocínio foi então acolhida pela Corte Suprema que, desconsiderando sua própria jurisprudência sobre o tema, culminou por entender que o princípio da precedência do custeio não se aplica apenas ao legislador ordinário, mas igualmente ao juiz, na aplicação do direito previdenciário. Isso se compreende mediante mera transcrição de alguns excertos da ementa correspondente ao referido julgamento:

10. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresse, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: RE 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.04.1980.

[...] 13. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: julgamento conjunto das ADIs 3.105/DF e 3.128/DF, Relª. Minª. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.02.2005.

14. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do

equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, *caput*), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37).

15. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data de sua concessão. A Lei n. 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor.

Nada obstante, alguns meses após o julgamento acima considerado o mesmo Supremo Tribunal Federal parece ter operado a reabilitação do entendimento de que a disposição constitucional da precedência de custeio se destina exclusivamente ao legislador – e não ao juiz na aplicação do direito –, pois em sede de mandado de injunção concedeu aposentadoria especial a servidor público filiado a Regime Próprio de Previdência Social independentemente de autorização legislativa expressa (e sem que houvesse, por conseguinte, prévia fonte de custeio específica)²⁶.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal voltou a rechaçar o princípio da precedência do custeio em sua formulação *alacazam*, quando do julgamento da tese concernente à revisão dos benefí-

²⁶ Supremo Tribunal Federal, Plenário, Mandado de Injunção nº 721-7/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, j. em 30/08/2007, DJ 30/11/2007. Importa observar que a Constituição da República reclamava integração legislativa definidora das condições em que o benefício seria devido (CF/88, art. 40, § 4º). Outras várias decisões do STF em sede de mandado de injunção, versando sobre esse mesmo tema, seguiram a mesma linha de raciocínio, cumprindo destacar o acolhimento da tese da aposentadoria especial via mandado de injunção também para servidores públicos com deficiência (STF, Mandado de Injunção nº 3322, Relator Ministro Celso de Mello, j. 01/06/2011, DJ 06/06/2011).

cios previdenciários de acordo com os novos limites máximos introduzidos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003²⁷.

De qualquer sorte, é sempre importante destacar que a disposição constitucional da precedência da fonte de custeio em relação ao benefício tem como exclusivo destinatário o legislador ordinário. Trata-se, em verdade, de norma de finança pública voltada para a responsabilidade na gestão fiscal, obrigando apenas o ente responsável pelo equilíbrio das contas públicas ao cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas (Lei Complementar 101, artigo 1º, *caput*). Não deve, por tal razão, ser compreendida como norma restritiva da atuação jurisdicional de concessão ou de revisão de um benefício previdenciário, pois a atividade jurisdicional não cria, majora ou estende prestação da Seguridade Social desvinculadamente dos fundamentos normativos do direito vigente.

Na perspectiva de efetivação dos direitos fundamentais sociais, a assunção dessa tese implicaria a recusa da justiciabilidade dos direitos sociais, mesmos daqueles que, como o direito à seguridade social, conformam o mínimo existencial e consubstanciam, portanto, pressuposto para afirmação da dignidade humana, valor fonte de nossa ordem constitucional²⁸. Com efeito, segundo Courtis (2008, p. 487) a ausência de fonte específica para a proteção social determinada judicialmente retira

²⁷ Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário nº 564.354, Relator Ministra Carmen Lúcia, j. 08/09/2010, DJ 14/02/2011. Neste julgamento - que enfrentou a tese revisional dos novos tetos dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social estabelecidos pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03 -, o voto da Ministra Relatora consagrou apenas algumas linhas à análise do argumento em questão, externando que “Não foi concedido aumento ao Recorrido, mas reconhecido o direito de ter o valor de seu benefício calculado com base em limitador mais alto, fixado por norma constitucional emendada” (RE 564.354, p. 506).

²⁸ Sobre o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, sua íntima e indissociável vinculação com os direitos humanos e fundamentais e a Democracia, bem como sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, conferir: (SARLET, 2011, p. 561-596).

“a possibilidade de pessoas que se consideram vítimas de violações a esses direitos ajuizarem demandas perante uma autoridade imparcial e requererem remédios legais ou reparação adequados em face de uma violação ou ameaça de violação a esses direitos”.

E tendo em conta o chamado “custo dos direitos”, a lógica assumida pela interpretação perversa do princípio da precedência do custeio inviabilizaria, em última análise, também a atuação judicial na proteção dos direitos fundamentais clássicos²⁹.

É preciso entender que a tarefa jurisdicional de aplicação do direito para solução de problemas concretos pressupõe a constituição normativa para o caso, consubstanciando equívoco metodológico fundamental imaginar-se que uma decisão judicial se limita ou deva limitar-se a aplicar o que se encontra expresso em lei. Isso significa a superação do paradigma da subsunção na aplicação do Direito e, por consequência, deixa sem alicerce o infundado argumento da precedência do custeio em sua faceta mística.

4 A REALIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO COMO NEGAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA MECÂNICA

A atuação jurisdicional não deve resignar-se à concepção metodológica que lhe impõe um papel insignificante no desenvolvimento do Direito e na afirmação de sua fundamentação ética. O problema fundamental da metodologia jurídica contemporânea é o de estabelecer critérios adequados para a aplicação do Direito no caso concreto e, nesta arena, é necessário considerar o pensamento de que o Direito não é

²⁹ Segundo a teoria do custo dos direitos elaborada por Holmes e Sustain, os recursos públicos são também indispensáveis à proteção do direito de propriedade, da liberdade de imprensa, liberdade política etc., pois sua satisfação exige a criação e a manutenção de instituições políticas, administrativas, judiciárias e de segurança, razão pela qual todos os direitos (os civis e políticos tanto quanto os sociais) seriam positivos, exigindo atuação estatal para sua satisfação (HOLMES; SUSTEIN, 2000).

(não é Direito) sem se manifestar na prática e como uma prática (NEVES, 1993, p. 25).

Não se deve compreender o Direito como um sistema de normatividade jurídica, em uma perspectiva eminentemente teórica. A concepção normativista apresenta uma visão estritamente dogmática do Direito. Deixando de perceber a decisão judicial como uma atividade realizadora do Direito, pretende estabelecer, com exatidão e de uma vez por todas, o sentido ou o significado de todos os termos jurídicos de maneira que faça possível realizar um raciocínio tão estrito como aquele que tem lugar no modelo matemático (ORTEGA, 1998, p. 75). O normativismo busca “exprimir uma legalidade prescrita e [...] manifestar a verdade de uma dogmática simplesmente reprodutivo-conceitualista ou reprodutivo-analítica”³⁰.

Se a norma jurídica goza da primazia em relação ao caso concreto, não interessam os resultados de sua aplicação *no-mundo-em-que-vivemos*. A superação do formalismo positivista deve-se dar, portanto, com a reabilitação metodológica do caso concreto – e suas exigências de justiça – na problemática da interpretação da norma. É necessário reconhecer que o ato judicial decisório não corresponde à mera aplicação da lei, mas à realização do Direito.

E, de fato, as prescrições jurídicas não são interpretadas na realização do Direito senão por meio de uma dialética “entre a sua inten-

³⁰ Importante a identificação, levada a efeito por Castanheira Neves, das diversas concepções de Direito que poderiam ser compreendidas nesta atitude teórica: “postularam esta atitude concepções do direito de pensamentos jurídicos tão diferentes como o *jusnaturalismo* (um certo *jusnaturalismo*, o *jusnacionalismo* normativista), o *positivismo* jurídico (o positivismo do normativismo legalista e o positivismo analítico-linguístico) e o *realismo* jurídico (o realismo sociológico originário de Ehrlich, os realismos escandinavo e americano ou *legal realism*)”. (NEVES, 1993, p. 50). A escola da exegese, que dominou o pensamento jurídico durante boa parte do século XIX, é provavelmente a corrente doutrinária que encarnou de um modo mais fiel o espírito desta concepção mecânica da função judicial. (ORTEGA, 1998, p. 75)

cionalidade normativa e a realidade problemático-decidenda (os casos concretos decidendo) que inteiramente lhes recusa o “platonismo de regras”, segundo o qual “as prescrições jurídicas são, por um lado, entidades autossignificantes ou contêm como um “em si” a sua significação e, por outro lado, pré-determinam a sua própria aplicação, no sentido de que a sua significação é critério único e decisivo da sua aplicação ou de que conhecer a significação é condição suficiente para essa aplicação (NEVES, 2003, p. 185).

Nessa dialética – entre intencionalidade normativa e realidade do caso concreto – é que “se traduz verdadeiramente a interpretação como momento daquela realização e em que as prescrições veem afinal constituída a sua significação e o seu sentido juridicamente decisivos” (NEVES, 2003, p. 185)³¹.

Como fenômeno ético, o Direito terá sua compreensão determinada apenas diante do caso concreto, quando de sua final constituição. Por essa razão é que se fala de uma constituição equitativa da norma no caso concreto (SAVARIS, 2011).

Na perspectiva assumida neste texto, o pensamento jurídico é chamado a resolver *problemas* práticos (pensamento jurídico como *pensamento judicativo-decisório*). Para tanto, deve colocar ênfase nas exigências de justiça do problema concreto e orientar-se por princípios normativos e seus fundamentos axiológicos (os valores que lhe justificam). A partir desse ponto de vista logra-se perceber quão ultrapassada é a noção de que a tarefa judicial de aplicação do direito se resume à reprodução do que se encontra no texto legislativo para a solução do caso-problema concreto.

Para se atender às exigências hospedadas na versão perversa da precedência do custeio (o argumento *alakazam*), o método próprio da escola da exegese ou da jurisprudência dos conceitos – o positivismo

³¹ Em outras palavras, “a realização concreta do direito não se confunde com a mera aplicação de normas pressupostas, embora possa ter nessas normas os seus imediatos critérios” (NEVES, 1993, p. 17).

legalista, a delícia dos formalistas – seria convocado dos escombros da metodologia jurídica do século XIX para servir, em última análise, como instrumento adequado à redução de despesas pública e à administração economicamente eficiente.

Mas, se tal método, no final do século XVIII, era conveniente à emancipação da classe burguesa em face do arbítrio absolutista, impedindo que o indivíduo fosse atingido pelo Príncipe à míngua de regra jurídica expressa, revela-se agora perverso aos pobres do século XXI, pois toda riqueza da argumentação jurídica contemporânea não poderia reconhecer nenhum direito de solidariedade ou de proteção social que não tenha sido expressa e textualmente disposto pelo legislador.

5 A APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO E O PRINCÍPIO DA PRECEDÊNCIA DO CUSTEIO

Compreender no princípio da precedência do custeio um obstáculo para atuação judicial que reconheça direitos previdenciários para além daqueles textualmente previstos em lei amesquinha de modo inaceitável a função jurisdicional, na medida em que limita o Juiz a um ato mecânico de aplicação/reprodução do texto legal.

De todo modo, a jurisprudência previdenciária tradicionalmente desmente tal impedimento e reconhece um importante papel do Juiz previdenciário na tarefa de aperfeiçoamento do sistema de proteção social, o que nos faz recordar que o Juiz não é um agente estatal que, descomprometido com a realidade social ou com a necessidade evidente exposta no caso em que examino, segue de frente baixa o que textualmente encontra na legislação.

É preciso recordar que já no âmbito Tribunal Federal de Recursos reconhecia-se no Juiz um agente ou um ator com o poder/dever de constituir a norma para o caso concreto, mediante um ajustamento das diretrizes gerais diante das exigências de justiça oferecidas pelo caso.

Não faltariam exemplos a nos servir com o norte de atuação jurisdicional no âmbito previdenciário³².

Partindo de uma premissa de que a regra não diz tudo - fundamento avesso à lógica mecanicista - é que o extinto Tribunal Federal de Recursos chegou a sumular o entendimento de que "Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento" (Súmula 198, DJ 02/12/1985).

Estava-se diante de uma legislação previdenciária que era percebida como a única fonte declarativa da natureza especial de uma determinada atividade profissional, pelo *enquadramento* de categorias profissionais que elegeram ou de agentes nocivos que taxativamente fez reunir em decretos regulamentares. O extinto Tribunal Federal de Recursos consolidou a orientação, porém, de que é devida a aposentadoria especial sempre que reconhecida, *em cada caso*, a natureza especial da atividade, "mesmo que não inscrita em regulamento", fazendo explodir o quadrado supostamente inflexível que havia sido marcado pela legislação previdenciária, e aproximando a especial proteção às diversas situações de vida que escapavam pelos dedos da pretensamente onipotente mão legislativa.

³² E no campo mais abrangente da Seguridade Social é exemplar a postura da Suprema Corte no que diz respeito à determinação judicial de fornecimento de medicamentos, identificando esse direito não em textos legislativos expressos, mas na aplicação que faz do direito à vida e do direito à saúde (sua consequência constitucional indissociável). Neste sentido, entre tantos outros: Recurso Extraordinário nº 607381 (Agravio Regimental), Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 31/05/2011, DJ 16-06-2011; Agravio Regimental na Antecipação de Tutela nº 328, Relator Ministro Cezar Peluso (Presidente), Tribunal Pleno, j. 24/06/2010, DJ 12-08-2010; Recurso Extraordinário nº 393175 (Agravio Regimental), Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, j. 12/12/2006, DJ 02-02-2007. O que nos autoriza a formular a seguinte pergunta retórica: Seriam tais decisões todas elas violadoras do princípio da precedência do custeio?

O mesmo tribunal também alterou o critério legal para concessão de pensão por morte à dependente de segurado da Previdência Social. Enquanto estava expresso na legislação previdenciária que “Não terá direito à prestação o cônjuge desquitado, ao qual não tenha sido assegurada a percepção de alimentos...” (Lei 3.807, de 28.08.1960, art. 14), o extinto Tribunal Federal de Recursos sumulou o entendimento de que “A mulher que dispensou, no acordo de desquite, a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito a pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício” (Súmula 64, DJ 17.12.1980). A lei veiculava, em princípio, uma regra clara e absoluta de inexistência de direito previdenciário. A aplicação dessa norma para todos os casos, porém, levaria a situações em que a mulher desquitada, mesmo que necessitada de recursos para subsistência, recursos que poderiam ser reivindicados junto ao ex-cônjuge a qualquer tempo, jamais poderia receber a proteção previdenciária pelo óbito deste. O tribunal dispôs, por tal razão, que a necessidade, verificada *caso a caso*, poderia justificar a concessão do benefício (Também neste sentido: Súmula 336 do STJ: “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”).

Talvez o mais exemplar de todos os casos corresponda ao entendimento que foi consagrado pela Jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos – e prestigiado pelo Superior Tribunal de Justiça –, quanto à dispensa da qualidade de segurado para concessão de aposentadoria por idade, ao tempo em que a lei expressamente referia que a perda da qualidade de segurado implicava a caducidade de todos os direitos perante a Previdência Social (Lei 3.807, de 28/08/1960, art. 7º)³³.

³³ Neste específico caso, não é demais lembrar, o legislador é que se apressou em seguir a jurisprudência, reconhecendo a importância da contribuição por ela oferecida. Por essa razão, isto é, pela força da atuação judicial no aperfeiçoamento do sistema normativo previdenciário, é que foi editada a MP 83/2002, posteriormente convertida na Lei 10.666/03. Outros vários casos poderiam ser chamados a ilustrar a sustentação oferecida nesta seção,

O que se pretende destacar, em suma, é que o juiz aplicador do direito previdenciário tem, sim, no sistema normativo os seus critérios imediatos. Mas se algo há de comum em toda a construção jurisprudencial previdenciária é a percepção da existência de um legítimo espaço para a realização do que se tem por desenvolvimento judicial do Direito.

Os casos chamados a ilustrar a tarefa judicial de desenvolvimento do direito previdenciário, todos eles, apresentavam importantes particularidades que exigiam do julgador uma compreensão mais ampla acerca dos requisitos jurídicos para a outorga dos benefícios previdenciários, em vez da inadequada postura de se condicionar a proteção social ao que textualmente é contido na lei.

Intuíu-se que o sistema normativo previdenciário – que jamais pode ser desprendido de suas raízes axiológicas - carecia de desenvolvimento, a fim de que a aplicação da norma, em determinados casos, não trouxesse consequências iníquas ou desarrazoadas.

como o reconhecimento judicial das uniões homossexuais como união estável para fins previdenciários (TRF4, AC, processo 2000.04.01.073643-8, Sexta Turma, Rel. Des. Federal Nylson Paim de Abreu, DJ 10.01.2001); a flexibilização da exigência de prova material para comprovação de tempo de serviço de trabalhadores rurais boas-frias (AR 3.005/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, Terceira Seção, j. em 26/09/2007, DJ 25/10/2007, p. 119); a manutenção do benefício de pensão por morte à mulher que contraía novas núpcias, ainda que a legislação previdenciária determinasse a imediata cessação do benefício com o casamento (Lei 3.807/60, art. 39, *b*), segundo entendimento do extinto Tribunal Federal de Recursos consagrado na Súmula 170: "*Não se extingue a pensão previdenciária, se do novo casamento não resulta melhoria na situação econômico-financeira da viúva, de modo a tornar dispensável o benefício*"; a equiparação do trabalhador rural boa-fria ao segurado empregado rural ou ao segurado especial, para fins de recebimento de salário-maternidade ou benefício por incapacidade, independentemente do recolhimento de contribuições à Previdência Social, embora o artigo 143 da Lei 8.213/91 apenas assegurasse a essa categoria a concessão de aposentadoria por idade (TRF4, AC 2009.70.99.002216-4, Turma Suplementar, Rel. Eduardo Tonetto Picarelli, DE 05/10/2009).

Com efeito, a compreensão do sistema normativo previdenciário pressupõe, de um lado, a percepção de que as normas jurídicas devem ser lidas com a devida filtragem constitucional, reconhecendo-se a eficácia normativa dos princípios constitucionais sobre os quais se alicerça o sistema de proteção previdenciária. De outro lado, como somente se compreende a norma jurídica na aplicação ao caso concreto³⁴, as exigências de justiça do caso devem ser consideradas³⁵. É isso que nos falam os precedentes referidos acima: dado que a compreensão plena do Direito “transcende a análise exclusivamente da norma”, pensa-se o fenômeno jurídico como “instância da realidade” que não pode ser reduzida “às categorias e modelos rígidos da lógica formal” (GRAU, 2005, p. 36).

Na prática a aplicação judicial deve-se buscar o caráter “razoável” do Direito, categorizando-se os casos à luz dos princípios e buscando-se a regra aplicável ao caso:

Es razonable la categorización de los hechos que toma en cuenta todos los principios implicados; Es razonable la regla, individualizada en el marco de las condiciones limitadoras del derecho como ordenamiento, que responde a las exigencias del caso. En la búsqueda de esta ‘razonabilidad’ de con-

³⁴ A noção fundamental, insista-se, é a de que “a realização concreta do direito não se confunde com a mera aplicação de normas pressupostas, embora possa ter nessas normas os seus imediatos critérios” (NEVES, 1993, p. 25). Como se reivindica para a hermenêutica um caráter eminentemente prático, a noção da aplicação como um momento integrante da estrutura da compreensão consubstancia um de seus mais fundamentais conceitos: “a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação” (GADAMER, 2003, p. 407).

³⁵ E tanto mais se imporão as exigências de justiça quanto fundadas no postulado fundamental da igualdade e na a situação de necessidade de proteção previdenciária (os elementos-chave para o desenvolvimento judicial da Seguridade Social).

junto consiste la labor de unificación del derecho que tiene asignada como tarea la jurisprudencia. (ZAGREBELSKY, 2003, p. 147-148)

Assim se percebendo o fenômeno da aplicação do Direito, tem-se que a concessão ou revisão judicial de benefício previdenciário não está ligada às normas jurídicas de gestão das contas públicas. O destinatário de tais normas é o Poder Público responsável pelas políticas públicas de Seguridade Social. E, ainda que assim não fosse, o que se admite apenas por amor ao argumento, a concessão ou revisão judicial de benefício previdenciário estaria ainda imune à imposição da precedência da fonte de custeio, por uma singela razão: ou bem o juiz – aplicador do direito previdenciário – determina a concessão ao benefício a quem satisfaz as condições de habilitação prevista na legislação pertinente (mediante trabalho hermenêutico adequado) e então não há razão para se exigir a compensação alusiva ao prévio custeio³⁶; ou bem o juiz opera em desacordo com o sistema normativo e sua decisão poderá ser reformada, mediante argumentos jurídicos que infirmem a linha de argumentação por aquela assumida, não se prestando, para tanto, o argumento *alakazam*.

O que não se afigura consoante a racionalidade jurídica é a pretensão de se condicionar a legitimidade da decisão judicial que se pensa – equivocadamente – criadora de benefícios à indicação ou criação de fonte de custeio. O juiz não move montanhas, não cria tributos, não ordena despesas e tampouco arranja orçamentos. Quando soluciona um caso concreto reconhecendo determinado direito da Seguridade

³⁶ Vale a pena notar que mesmo os Poderes Públicos responsáveis pela formulação e implementação de políticas públicas de Seguridade Social (reais destinatários do princípio da precedência do custeio) são legalmente desobrigados de indicar a fonte de financiamento nas hipóteses de “concessão de benefício a quem satisfaça as condições de habilitação prevista na legislação pertinente”, “expansão quantitativa do atendimento e dos serviços prestados” ou “reajustamento de valor do benefício ou serviço, a fim de preservar o seu valor real” (Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 24, §1º, I a III).

Social, nada mais faz do que identificar norma jurídica que lhe fundamenta juridicamente a decisão. Não indicará de onde virão os recursos e tampouco seria razoável dele exigir o impossível. Nesse contexto metodológico, impõe-se a recusa da interpretação perversa do princípio da precedência do custeio, a qual restringe inaceitavelmente o espaço de atuação do juiz na aplicação do direito previdenciário, na medida em que busca reduzi-la à aplicação/reprodução do texto legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sustentabilidade do sistema de Seguridade Social traduz um dos mais fundamentais objetivos do constitucionalismo social. Na perspectiva econômica, o que se pretende é que seus recursos sejam geridos com responsabilidade de modo a permitir seja alcançado o desiderato de proteção social para o presente e para o futuro.

Que a geração de novas despesas deva ser precedida pela indicação ou criação das correspondentes fontes de financiamento é algo elementar em uma estrutura orientada pelo postulado do equilíbrio financeiro e atuarial. Por tal razão o princípio da precedência do custeio, atualmente disposto no art. 195, § 5º, da Constituição da República, já na década de 1960 integrava o diploma legal que originariamente organizou a Previdência Social em nosso País. Mais importante do que reconhecer a relevância desse princípio constitucional é compreendê-lo em seus devidos termos.

Em primeiro lugar, é necessário lembrar que tal postulado, por si só, não logrará assegurar o equilíbrio econômico, especialmente quando as receitas que deveriam compor o orçamento da Seguridade Social são dele desvinculadas para outras finalidades orçamentárias, minando qualquer possibilidade de, em termos atuariais, assegurar a eficácia de nosso sistema de proteção social para o futuro.

Em segundo lugar, é preciso identificar que o destinatário exclusivo do princípio da precedência do custeio é o Poder Público responsável pela formulação e implementação das políticas públicas de Seguri-

dade Social - especificamente, o agente estatal que pode criar, majorar ou estender benefícios da Seguridade Social desde que indique ou crie fonte de custeio total. Dizendo isso se insiste que tal norma não se dirige ao juiz, em sua tarefa de aplicação do direito previdenciário. Ao reconhecer o direito a um bem da vida previdenciário, o juiz não atua de modo desvinculado do sistema normativo. Se assim o fizer, a censura à sua decisão deverá vir pela instância recursal a partir de bases jurídicas e não porque supostamente criou um benefício sem a correspondente fonte de custeio total.

Dizer que o princípio da precedência do custeio impõe ao juiz, ou a concessão de benefício nos termos expressos pela legislação, ou o dever de criar fonte de custeio, significa desvirtuar este princípio, oferecendo-lhe uma interpretação perversa. Isso porque, a um só tempo, faz ignorar a metodologia jurídica contemporânea concernente à aplicação do Direito (superadora do modelo subsuntivo) e lança sobre o juiz um curioso e invencível dever de criar fonte de custeio.

Em que pese tal raciocínio jurídico se encontre destituído de consistência teórica, ele é percebido pelos seus idealizadores como um verdadeiro argumento de ouro e o agulhão que colocará no juiz previdenciário as algemas da subsunção. Assim é que pela suposta correção de seu conteúdo e pela eficácia que aparenta ter – a ponto de já ter impressionado a Suprema Corte, inclusive –, o argumento *alakazam* carregaria consigo a inescapável virtude de fazer-se sempre acolher junto à mais elevada instância judiciária.

Todavia, essa formulação é mais mágica do que jurídica e, como pretendeu-se deixar claro ao longo do presente texto, como toda formulação mágica, *alakazam* não passa de uma ilusão.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

BOSI, Alfredo. **Dialética da Colonização**. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

COURTIS, Christian – Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FAGNANI, Eduardo. Política social e pactos conservadores no Brasil: 1964/92. **Revista Economia e Sociedade**, n. 8, p. 183-238, 1997

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Tradução de Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. New York: Norton, 2000.

MARTINEZ, Wladimir. Novaes. Princípios de direito previdenciário. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001

NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra. 1993.

NEVES, Antonio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra, 2003.

ORTEGA, Manuel Segura. **La racionalidad jurídica**, Madrid: Tecnos, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: Uma Análise na Perspectiva da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**, Salvador: Jus Podium, 2011.

SAVARIS, José Antonio. O processo de reformas da previdência social brasileira como política de retração sistemática do *welfare state*. **Revista de Previdência Social**, n. 328, São Paulo: LTr, p. 197-215, mar. 2008.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para a superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito, 2011.

UGATTI, Uendel Domingues. **O princípio Constitucional da Contrapartida na Seguridade Social**. São Paulo: LTR, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo, **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

Recebido em: 31/10/2011

Pareceres emitidos em: 04/11/2011 e 05/11/2011

Aceito para a publicação em: 05/11/2011